

# 自洗钱行为在我国不独立 定罪的理由分析

陈振炜

**摘 要** 根据目前我国的立法,自洗钱行为不能独立构成洗钱罪。但对于这一立法却存在理论争议。本文通过列举重要的学说来剖析其重要的理论争点,进而通过理论和司法实践两方面来分析是否需要单独追究自洗钱行为。

**关键词** 自洗钱行为 牵连犯 不得强迫自证其罪原则

**作者简介** 陈振炜 厦门大学法学院硕士,研究方向:刑法。

**中图分类号** D920.4

**文献标识码** A

**DOI** :10.19387/j.cnki.1009-0592.2017.03.031

## 一、自洗钱行为的概念及其理论争议

自洗钱行为是指上游犯罪的行为人在实施相关上游犯罪后,为了掩饰、隐瞒违法所得及其产生收益的来源和性质而进行的洗钱行为。那么自洗钱行为是否能独立成罪?从我国当前的立法上看,由于我国《刑法》第191条并未对洗钱罪的主体作出明确具体的规定,而洗钱罪又由我国传统的窝赃罪衍生而来,在窝赃罪中的上游犯罪主体一般不能构成窝赃罪的主体,因此传统观点认为洗钱罪的上游犯罪主体一般不能成为洗钱罪的主体。但也有学者认为自洗钱行为应当区别于上游犯罪,因其在刑法评价时具有自身的独立性,所以自洗钱行为应当独立成罪。

因此,关于自洗钱行为是否能独立成罪的理论争议主要包括肯定说和否定说。

### (一)肯定说

#### 1.刑法评价独立性说:

自洗钱行为通常被视作行为人在实施上游犯罪后针对犯罪对象而又实施其他相关的后续行为,但是对上游犯罪的刑法评价并不能包含该后续行为,因此持这类观点的学者认为不能以“不可罚的事后行为”的理由来否定自洗钱行为的独立成罪。<sup>①</sup>判定某一行为是否属于不可罚的事后行为,主要考虑两个方面:

一是行为是否侵犯了新的法益。

二是行为是否提高了侵害法益的危险程度。如果在考虑这两个方面之后得到肯定性评价,那么该行为就不属于不可罚的事后行为。<sup>②</sup>

与传统窝赃犯罪相比较,自洗钱行为侵害的客体不仅包括上游犯罪对应的客体,同时还包括国家的司法权威和社会金融管理秩序,那么自洗钱行为在是否侵害新的法益这一方面就得到肯定的评价,因此它不属于不可罚的事后行为,即不能被上游犯罪完全评价,其在刑法评价上具有独立性。<sup>③</sup>

#### 2.罪刑均衡说:

持罪刑均衡说的学者认为基于罪刑均衡视角下,原先的上游犯罪对法益侵害的危害性高于之后行为人实施的自洗钱行为,因

此在此情形下将自洗钱行为作为一个量刑情节考虑是适当且合理的。但“现代洗钱犯罪的危害程度远远大于传统的窝赃罪,将原生罪的本犯排除在洗钱罪主体之外,显然不合时宜”。<sup>④</sup>同时,若自洗钱行为不能独立成罪则会引起罪责刑无法相匹配的现象,例如甲乙两人在集资诈骗后,乙实施了掩饰、隐瞒违法所得的洗钱行为,而甲并没有实施此类行为,此时,若自洗钱行为不能独立成罪,对甲乙均只能以集资诈骗罪进行定罪,明显违反了罪责刑相一致的原则。<sup>⑤</sup>

#### 3.主犯说:

该学说以共犯的角度进行考虑,认为在洗钱罪中,上游犯罪的行为人在洗钱行为中的地位往往是主犯,而基于“专门洗钱行为者即他犯采取的手段大都是‘协助’行为”。<sup>⑥</sup>第三人一般为帮助犯,倘若洗钱罪主题不包含上游犯罪行为主体,可能会消极的鼓励上游犯罪行为继续实施洗钱行为,这显然与洗钱罪的立法原意相悖。<sup>⑦</sup>

### (二)否定说

#### 1.文本解释说:

基于刑法条文和司法解释对于洗钱罪的相关规定,认为第191条前四款的规定都出现了“提供”、“协助”等明显系第三人所为的词语,并且针对第191条第五款的兜底条款,最高法出台的《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中明确了这一兜底条款包含的具体内容,全部出现“协助”一词。这也就表明最高法认为洗钱罪的主体应当排除上游犯罪的主体。

#### 2.不得强迫自证其罪原则说:

我国台湾地区学者林东茂教授认为将自洗钱行为独立定罪就等于“以刑法的手段威胁,要求犯罪人主动交出犯罪所得,等于要求犯罪人向司法机关自行承认犯罪,也等于要求犯罪人自证己罪”。<sup>⑧</sup>换言之,该学说认为行为人所实施的自洗钱行为,实质上是不得强迫自证其罪原则的一种表现形式,它并不被法律所规制。

首先,从本质上看,自洗钱行为并未侵害新的法益。

其次,违法所得体现的是一种证据效力,行为人对违法所得进行掩饰或者隐瞒完全可以视为是行为人在毁灭伪造证据或是在向司法机关进行虚假陈述,而在帮助毁灭、伪造证据罪中毁灭伪造证据的行为主体都不包含当事人,那么相比更轻微的掩饰、隐瞒的行为,其主体更不应包含当事人,即自洗钱行为不应独立成罪。

笔者以为,应当慎重考虑自洗钱行为独立定罪的问题。基于相应的理论基础和司法实务经验,我国现行立法洗钱罪主体并未包含自洗钱行为主体。

## 二、自洗钱行为不独立成罪的理论基础

### (一)基于传统刑法理论

我国传统刑法理论认为,在一个概括的犯意下,行为人针对同一犯罪客体所行为的具有自然延续性的多个身体举动,应当视为一罪。在司法实践中存在着各式各样的犯罪方式,因此判断行为是属于一罪还是数罪,应当从犯罪的整体构成和类型化行为两方面来考察该行为的独立性。例如,在我国,杀人碎尸的仅成立杀人罪一罪,我们并不会认定其同时成立杀人罪和侮辱尸体罪。而在洗钱罪中,行为人实施了上游犯罪之后,又掩饰、隐瞒违法所得,实际上仅是基于一个概括的犯意,对违法所得所实施多个具有连续性或延续性的行为,因此应当视为一罪,对其刑事责任依上游犯罪予以追究即可。

### (二)基于牵连犯理论

因为自洗钱行为与上游犯罪存在牵连关系,所以在牵连犯罪视角下对上游犯罪中所作的刑法评价能够涵盖自洗钱行为。

行为人实施上游犯罪后又实施掩饰、隐瞒违法所得的洗钱行为,二者之间属于原因行为与结果行为的牵连关系。以贪污罪和洗钱罪的关系为例,主观上,贪污罪以非法占有为目的,行为人在贪污后所进行的洗钱行为,是为了更好地占有和控制违法所得,二者具有牵连关系;客观上,贪污之后进行洗钱具有社会普遍意义。

因此,二者成立牵连犯中的“原因——结果”型牵连关系。

### (三)基于相应法理基础

法律中的人性、情理是把握社会矛盾关系、制定刑事预防对策的重要指标。法律的可接受性要求刑法的立法和司法必须符合当时社会的人性与情理。袁林教授认为在刑法制度的设计和运行中,我们必须回应人性的多面性。<sup>①</sup>霍布斯认为,趋利避害是人之本能,尤其是当我们在畏惧的事物面前,会不由自主地选择排斥、抵抗或者逃避。<sup>②</sup>

因此,在面对法律惩罚时,排斥或者逃避是人类本能的反应。但排斥的方式又有积极和消极之分,积极的排斥以抵抗的方式呈现,而它往往会侵害其他新的法益,因此对于积极的排斥需要加以限制;单纯的逃避即为消极的排斥,例如犯罪后没有自动投案的行为,则不应该进行规制。在洗钱罪中,行为人实施上游犯罪

后又实施掩饰、隐瞒违法所得的行为即是一种趋利避害本能的体现,是自然状态下基本权利的行使,因而不能不加分辨得认为是违法行为。当前我国刑法未规定自洗钱行为独立成罪是对人性的关怀,也是人权思想的体现。

## 三、自洗钱行为不独立成罪的司法基础

### (一)自洗钱行为可作为上游犯罪法定刑升格的基本条件

基于中国刑法“定性+定量”的立法模式,上游犯罪一般因行为情节的严重程度不同而设有多个档次的法定量刑幅度。因此行为人所实施的自洗钱行为的严重程度可对应上游犯罪的“情节较重”、“情节严重”、“情节特别严重”等规定,进而决定适用哪一档法定刑,这也保证了对自洗钱行为进行适当合理的评价。

### (二)自洗钱行为可作为上游犯罪量刑时从重处罚的依据

我国刑法规定了罪责刑相适应原则,因此对于仅有一个量刑档次的上游犯罪,可在司法裁量时将自洗钱行为视为一个从重处罚的量刑情节加以考虑,从而使行为人得到完整充分的刑事责任评价,并做出与其罪行相适应的公正处罚。司法实践中,这一措施的可操作空间极大,得益于刑法的法定刑幅度较大,法官在进行司法裁量时享有一定的自由裁量权。

### (三)国际公约并未强制要求自洗钱行为需独立成罪

根据相关国际公约和条约的规定,仅要求各国在对洗钱罪进行立法时尽可能涵盖自洗钱行为。例如FATF《四十项建议》第1项第6款规定:“如国家本身法律的基本原则有所规定,则有关国家可规定洗钱罪不适用于实施上游犯罪的个人。”

此外,《联合国反腐败公约》同样有规定“在缔约国本国法律基本原则要求的情况下,可以规定洗钱罪不适用于实施上游犯罪的人。”国际公约和条约表明态度是原则上将自洗钱行为主体纳入洗钱罪中,方便国际间的司法协作,但如果一个国家有例外的规定,那么自洗钱行为可以不独立成罪。

换言之,国际公约并没有强制要求当事国一定要将自洗钱行为独立成罪,而是给予了当事国充分的自主权。

注释:

①④贾宇、舒洪水,论洗钱罪的主体,国家检察官学院学报,2005(12),413,416。

②贾学胜,事后不可罚行为研究,现代法学,2011(5)。

③王新,国际视野中的我国反洗钱罪名体系研究,中外法学,2009(3),382。

⑤张忠斌,有关洗钱罪几个疑难问题的探讨//高铭喧、马克昌,刑法热点问题探讨(上册),北京:中国人民公安大学出版社,2002,727-728。

⑥⑦刘宪权、吴允峰,论我国洗钱罪的刑事立法完善,政治与法律,2005(6),8。

⑧林东茂,一个知识论上的刑法学思考(增订三版),北京:中国人民大学出版社,2009,26。

⑨袁林,以人人为本:从抽象走向现实的刑法解释理念,社会科学,2011(3),416。

⑩[英]霍布斯著,黎思复、黎廷弼译,利维坦,北京:商务印书馆,1985,106。